

ISSNEletrônico: 2177-1758

ISSNImpresso: 1809-3280



Revista **DIREITO E** **LIBERDADE**

Volume 22, Número 2, Maio/Agosto 2020.

JEAN-FRANÇOIS LYOTARD E A PERFORMATIVIDADE INSTITUCIONAL DO DIREITO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DO DIREITO E A DECISÃO JUDICIAL

JEAN-FRANÇOIS LYOTARD AND THE INSTITUTIONAL PERFORMATIVITY OF LAW: REMARKS ON LEGAL THEORY AND LEGAL ADJUDICATION

Leonardo Monteiro Crespo de Almeida*

RESUMO: O objetivo deste trabalho reside em esclarecer de que maneira certas considerações de Jean-François Lyotard acerca dos jogos de linguagem e dos performativos, no contexto da condição pós-modernidade, podem contribuir para uma abordagem não-representativa das teorias do direito. Deste modo, a presente pesquisa situa as teorias do direito como narrativas que continuamente descrevem o direito positivo vigente, impactando a autocompreensão prática que os juristas possuem de seu campo e das suas competências. Seguindo esta direção, a decisão judicial é pensada como ato performativo enraizado nos conceitos e pressuposições das teorias do direito vigentes. Novas teorias introduzem possibilidades e exigências diversas para a validação das decisões judiciais nos contextos jurídicos institucionais.

Palavras-chave: Lyotard. Performativo. Decisão judicial. Diferendo.

ABSTRACT: The main objective of this research is to show how certain theoretical considerations made by Jean-François Lyotard on language games and the performatives, within the context of post-modernity, could be relevant to a non-representative approach of the legal theories. The present article conceives legal theories as narratives that continuously describes the current positive law in ways that influence the practical self-understanding of the legal actors regarding their field and their skills. In this research, Legal adjudication is recognized as performative act deeply embedded in the concepts and presuppositions of current legal theories. New theories establish new requirements and possibilities for the validation of legal adjudication within present institutional contexts.

Keywords: Lyotard. Performative. Legal adjudication. Differend.

1 INTRODUÇÃO

Após a publicação de sua obra mais conhecida, *A condição pós-moderna*, o filósofo francês Jean-François Lyotard introduziu no circuito acadêmico uma palavra que haveria de ganhar um significado cada vez mais amplo e

* Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC).
<https://orcid.org/0000-0001-5742-3344>

indeterminado: a pós-modernidade. Nas inúmeras discussões referentes ao termo presentes nas mais variadas áreas das ciências humanas, um conjunto de temas e questões apresentados pelo autor em sua obra terminaram sendo um tanto quanto esquecidos, ao menos no tocante ao papel que ocupam na filosofia de Lyotard.

Este artigo trata de transpor para o domínio da teoria do direito algumas das considerações que o filósofo francês teceu sobre a performatividade que se fazem presentes em *A condição pós-moderna* e em outros escritos seus. Essa transposição tem como principais referenciais de análise noções muito próprias da teoria do direito, como validade, legitimidade e decisão judicial. Esse tripé fora escolhido porque é através dele que os atos institucionais praticados pelos mais variados atores jurídicos tendem a ganhar forma e a fazer parte de uma realidade institucional mais abrangente. A decisão judicial traz consigo não só uma percepção que se forma através da dinâmica entre atores jurídicos distintos (o juiz e as partes envolvidas), como põe em primeiro plano a validade de um determinado ato institucional através do seu caráter impositivo.

Mais do que apenas declaratória, a decisão judicial transforma o próprio estado de coisas que é tomado como objeto de discussão e de disputa: o ato de decisão, portanto, longe de ter pretensões estritamente informativas ou descritivas, cria, reconstrói ou intervém em uma circunstância. Assim o faz por meio de um contexto institucional que não apenas envolve o ato de decisão, como também lhe concede a força necessária para intervir nas circunstâncias tomadas como sua referência. Discutir performatividade na prática do direito exige, de início, prestar uma atenção contínua à dinâmica entre os atos e os seus contextos, principalmente no que concerne ao conjunto de regras e pressupostos implícitos que autorizam – ou mesmo desautorizam – procedimentos, atos e os também os seus efeitos.

A importância das reflexões de Lyotard, para este aspecto da prática do direito, recai na maneira como ele trouxe à tona e confrontou as diferentes estratégias pelas quais os espaços institucionais atribuem aceitabilidade e legitimidade aos atos desempenhados por determinados atores.

Este artigo é estruturado em três seções. A primeira realiza uma exposição sucinta sobre a forma como a performatividade é abordada por Lyotard em *A condição pós-moderna* e em outras obras. Maior ênfase será dada às questões associadas à legitimidade e ao modo como o filósofo francês lê conceitos como jogos de linguagem advindos da filosofia analítica de Ludwig Wittgenstein e J. L. Austin. O propósito é majoritariamente analítico: trata-se de situar a maneira pela qual o filósofo francês se apropria dos conceitos de jogos de linguagem e performatividade para os seus propósitos teóricos.

A segunda seção desenvolve os elementos conceituais apresentados por meio da perspectiva teórica na seção inicial. A atenção será voltada para os mecanismos pelos quais os atos são legitimados e tornados funcionais a partir

do contexto institucional que envolve a prática do direito. Na terceira e última seção, serão realizados alguns breves e mais específicos comentários referentes à decisão judicial. Este conceito foi destacado diante de sua importância e recorrência em meio às diferentes teorias do direito.

A pesquisa foi desenvolvida por meio de uma revisão de literatura que toma, como ponto de partida, uma possível interseção entre performatividade, linguagem e a prática do direito, considerando especialmente as diversas maneiras pelas quais os atos jurídicos possuem o poder de transformar as circunstâncias nas quais eles se dirigem. Para tanto, além de adotar como seu marco teórico primário as reflexões de Jean-François Lyotard sobre o assunto, a pesquisa realiza incursões pela obra de autores cujos posicionamentos lhe são próximos, como o mencionado Derrida, Stanley Fish, entre outros. Por fim, em termos metodológicos, trata-se de um trabalho que almeja se inserir nos campos da teoria e da filosofia do direito.

2 A CONDIÇÃO PÓS-MODERNA E A PERFORMATIVIDADE

Uma das caracterizações mais conhecidas do termo pós-modernidade é a que se refere a uma incredulidade às metanarrativas. Isso quer dizer que as grandes narrativas presentes no desdobramento histórico da tradição metafísica ocidental passam a ter as suas legitimidades contestadas. As distinções centrais que, durante séculos, serviram de referencial, quando não de fundamento, para a metafísica ocidental, como sujeito/objeto, natureza/cultura, espírito/matéria, que ampararam tanto o materialismo histórico de Marx quanto os diferentes idealismos de Kant e Hegel, foram confrontadas por diferentes autores e perspectivas em meio ao século vinte (JAMESON, 1984, p. x).

O questionamento dessas distinções, em meio à incredulidade diante das metanarrativas, não conduz apenas a um impasse teórico: é importante considerar que o próprio projeto político moderno, calcado na emancipação da humanidade por meio da razão e da liberdade, será fundamentado naquelas metanarrativas e através das mesmas distinções que serão, ao longo do século vinte, duramente interrogadas. Sendo assim, o impasse é também de ordem prática, já que perturba o conjunto de raízes por meio das quais o projeto político da modernidade viria a aferir a sua legitimidade.

Um traço importante, nas críticas direcionadas aos paradigmas tradicionais da metafísica ocidental, fora o de ressaltar a própria contingência do conhecimento, principalmente salientando a sua construção social. Aspectos do social que outrora eram percebidos como naturais, imutáveis ou intrínsecos corretos passaram a ser remetidos aos múltiplos contextos (sociais,

políticos, filosóficos) que se encontram presentes em suas gêneses. A reflexão teórica se entrelaça com as preocupações práticas: um mundo social cujas bases se mostram contingentes é também um mundo que poderia ser de outra forma, mais inclusivo e justo. Porém, como bem observa Cary Wolfe (1998, p. xi) sobre a análise de Lyotard, chega-se deste modo a um difícil impasse que até hoje traz implicações consideráveis:

Por um lado, as críticas dos paradigmas filosóficos tradicionais do positivismo, do empirismo e de tantos outros, que reiteram a contingência e a construção social do conhecimento (pragmatismo, pós-estruturalismo, feminismo materialista), aparentam ser politicamente promissores uma vez que eles acreditam que um mundo contingentemente construído é também um mundo que poderia ser *diferentemente* (ie. mais justo) construído. Porém, por outro lado, essa mesma descrição construtivista deixou os intelectuais almejando fundamentar para as suas práticas políticas sem a fundamentação pela qual eles poderiam afirmar o privilégio de suas próprias posições¹.

Parte considerável de *A condição pós-moderna* circunda o impasse descrito por Wolfe, assim como as suas diferentes implicações no tocante à ética, à política e à justiça. São preocupações práticas, sensíveis aos diversos desdobramentos políticos que se abrem, em meio ao questionamento das pretensões legitimadoras das metanarrativas, ao mesmo tempo em que estão também atentas aos impasses decorrentes dessa opção teórica.

Na superfície dessa obra, porém, o que mais se evidencia é a maneira como o autor explora, na segunda metade do século vinte, as considerações de Paul Feyerabend e Thomas Kuhn no tocante às pretensões de legitimidade do conhecimento científico. Trata-se de uma intervenção bastante estratégica uma vez que, como Fredric Jameson (1984, p. viii) destaca, o ato de fazer ciência, por si só, introduz as condições de sua própria legitimação: o que torna o conhecimento científico legítimo, portanto, caracterizado por uma

¹ No original: “On the one hand, the critiques of the traditional philosophical paradigms of positivism, empiricism, and the like, which stress instead the contingency and social construction of knowledge (pragmatism, poststructuralism, materialist feminism), would seem politically promising because they hold out hope that a world contingently constructed might also be *differently* (i.e., more justly) constructed. But, on the other hand, that very constructivist account has left intellectuals seeking grounds for their own political practice without a foundation from which to assert the privilege of their own positions”.

solidez epistêmica que o faz ser tomado como verdadeiro e correto pelo público leigo, reside nas próprias condições estabelecidas por ele mesmo. Quais são os critérios e os parâmetros que decidem sobre o que seria uma representação fidedigna e correta da realidade?

A pergunta implicitamente remete às concepções de epistemologia realistas duramente contestadas nos trabalhos de Feyerabend, Kuhn, e por outros teóricos em meio ao que passou a se chamar, em meados do século vinte, de “crise da representação”. Essas epistemologias pensam a representação teórica em termos de uma objetividade inteiramente diversa e externa à subjetividade, um “espelho da natureza” cuja representação da realidade é descrita nos termos bem específicos de categorias como verdade, precisão e adequação (JAMESON, 1984, p. viii).

Dois são as narrativas que implicitamente concorrem para a legitimação do conhecimento científico tal como as epistemologias realistas o concebem: a emancipação da humanidade e a unificação sistemática do conhecimento, sendo esta última frequentemente promovida por diferentes sistemas filosóficos desde a modernidade. Ambas as narrativas podem ser remetidas a culturas específicas. A primeira, referente à emancipação da humanidade, remete à tradição francesa, sobretudo o Iluminismo, que florescera no século dezoito; a segunda, por sua vez, remete a uma tradição germânica, podendo ser representada pelo idealismo absoluto de G. W. F. Hegel, mas que, para Lyotard, encontra a sua mais recente exposição na filosofia de Jürgen Habermas.

Jameson (1984, p. ix e et seq.) defende que a filosofia de Habermas representaria uma junção dessas duas narrativas: as pretensões de uma dialética totalizante estariam presentes em sua formulação das comunidades de comunicação e a retórica libertadora subjacente a esta concepção de comunidade traduziria os resquícios da primeira narrativa. Em paralelo a essa demarcação estabelecida por Lyotard, cabe salientar a maneira peculiar com que a análise da linguagem foi empreendida no panorama francês da metade do século vinte e que em muito destoa daquelas praticadas no mundo anglo-saxônico e germânico (JAMESON, 1984, p. x-xi).

No que se refere a uma abordagem pragmática da linguagem, em que J. L. Austin (1975, p. 1 e et seq.) e Ludwig Wittgenstein (2009) figuram como duas das mais importantes referências, noções como performativo foram assimiladas em meio aos desdobramentos específicos do estruturalismo e da semiótica francesa. Ao invés de conceber os proferimentos dos falantes como tentativas de transmissão dos conteúdos comunicacionais, Lyotard pensa esse processo em termos de uma relação conflituosa entre falantes que pretendem triunfar uns sobre os outros (JAMESON, 1984, p. xi).

Essa é uma das razões pelas quais o conceito de narrativa, na obra do filósofo francês, adquire uma função primária passível de uma análise

formal, tal como eventualmente se faz com a lógica simbólica. No que se refere à estrutura do social, o enfraquecimento das narrativas mais abrangentes – as metanarrativas – é paralelo ao fortalecimento e à dispersão de pequenas narrativas. Ao final do século vinte, é difícil de se defender a presença de atores históricos universais e mesmo continuar sustentando as antigas teleologias históricas.

A contraposição operada por Lyotard, entre as narrativas e as abstração científica, encontra também certa ressonância no desenvolvimento da teoria do direito, uma vez que não foram poucas as tentativas que, no começo do século vinte, pretenderam atribuir ao conhecimento jurídico uma fundamentação que lhes conferissem a mesma credibilidade que outrora fora atribuída às ciências exatas (JAMESON, 1984, p. xii e et seq.; LYOTARD, 1984, p. xxiii). É um passo compreensível, na medida em que o julgamento científico, que sempre tivera como base os seus próprios referenciais, não raro pensa as narrativas em termos de fábulas, conjunto de enunciados despreocupado em representar uma realidade que, a rigor, existe independentemente da perspectiva dos observadores.

A fragmentação e a multiplicação dos espaços de produção do conhecimento levam a uma fragilização considerável do conhecimento científico como forma que se sobrepõe aos outros saberes. O próprio Lyotard (1984, p. xxiii e et seq.) destaca que o conhecimento científico sempre existiu em contraposição ao que ele mesmo chama de narrativas. Diferente das narrativas, o conhecimento científico historicamente não fora marcado por uma postura pluralista e tolerante com outras formas de conhecimento, e sim posto em termos de sobreposição e hierarquia, conforme já observado neste artigo.

A fragmentação traz consigo dúvidas quanto aos critérios e elementos que permitam validar a produção do conhecimento e quanto aos que estariam habilitados para exercer essa validação, além das condições que permitem a cada um desses segmentos dispor de algum grau de consistência interna. A legitimação se torna o problema por excelência. A definição deste termo é proposta por Lyotard (1984, p. 8):

A legitimação é o processo pelo qual o legislador está autorizado a promulgar uma determinada lei como norma. Agora observe o exemplo de um enunciado científico: ele está sujeito a regra de que o enunciado deve preencher uma determinada série de condições para que possa ser considerado científico. Neste caso, a legitimação é o processo pelo qual o “legislador” que lida com o discurso científico esteja autorizado a prescrever as mencionadas condições (no geral, condições de

consistência interna e verificações experimentais) que determinam se um dado enunciado deve ser incluído naquele discurso para ser considerado pela comunidade científica².

Na tensão entre conhecimento científico e conhecimento por narrativas, o primeiro visa a aplicar sobre o segundo os próprios critérios estabelecidos por ele mesmo em torno do seu campo. Sendo assim, dificilmente o resultado seria que não a contínua exclusão das narrativas como fábulas inverídicas. Verdade e justiça se entrelaçam neste ponto: desde Platão, a prerrogativa de se estabelecer o que seria verdadeiro em um dado contexto remete também à determinação do que contaria como justo.

Ainda que os enunciados estejam situados em domínios distintos, o científico e o ético-político, o que Lyotard pretende ressaltar é uma conexão, por vezes implícita, entre as linguagens desses dois campos e um contexto mais abrangente que os envolve, a saber, o próprio ocidente (BERNARD, 2011, p. 88 e et seq.). Tanto a autocompreensão latente nas investigações científicas quanto as diferentes teorizações sobre a ética e a política se desdobram em meio aos diferentes períodos históricos que formaram as diversas sociedades ocidentais, como também uma ideia geral sobre o significado do ocidente e o que lhe seria específico.

O que Lyotard (1984, p. 8-9) salienta neste pormenor é que diferentes domínios e formas de discurso, para além de possuírem as suas especificidades, encontram conexões e limites em meio a um pano de fundo mais amplo e que, de certo modo, também os autoriza. Se hoje a relação entre conhecimento e poder, longe de se retrair, torna-se mais explícita, isso se deve em parte a um aprofundamento da percepção de que, em paralelo a qualquer investigação científica ou forma de narrativa, autoridades tendem a decidir o que conta como conhecimento e quais são as decisões que precisam ser tomadas em cada campo.

O conceito de jogos de linguagem, que Lyotard extrai da obra do segundo Wittgenstein, desempenha uma função metodológica que é central para a proposta teórica apresentada em *A condição pós-moderna*. Para além de romper com as pretensões representacionais das diversas concepções

² No original: "Legitimation is the process by which a legislator is authorized to promulgate such a law as a norm. Now take the example of a scientific statement: it is subject to the rule that a statement must fulfill a given set of conditions in order to be accepted as scientific. In this case, legitimation is the process by which a "legislator" dealing with scientific discourse is authorized to prescribe the stated conditions (in general, conditions of internal consistency and experimental verifications) determining whether a statement is to be included in that discourse for consideration by the scientific community".

essencialistas da linguagem, os jogos de linguagem trazem à tona o aspecto prático dos enunciados e dos seus contextos.

Ao contrário de uma concepção essencialista da linguagem, os jogos de linguagem introduzem uma dinâmica prevalentemente prática: palavras e conceitos não possuem essenciais, propriedades invariáveis e persistentes, mas usos que variam em conformidade com as situações. Cada grupo de enunciados pode ser pensado nos termos das regras determinam as suas propriedades e os usos a que eles estão submetidos, tal como cada peça de um jogo de xadrez existe em função das regras subjacentes ao jogo de xadrez. Um jogo existe em função – e a partir – das suas regras. Uma pequena modificação em uma regra pode alterar de maneira significativa a maneira com que se joga.

Essas regras, que são responsáveis pela legitimação ou validação dos movimentos apresentados, são convenções estabelecidas entre os falantes e que ambos se comprometem seguir, tal como ocorre nos demais jogos: a movimentação da rainha e do bispo, no jogo de xadrez, é aceita não somente porque integra as regras tradicionais do jogo, elas mesmas sendo frutos das transformações históricas, mas principalmente porque os jogadores aceitam e se comprometem em seguir essas regras.

Para além dessas considerações, Lyotard (1984, p. 10 e et seq.), introduz uma observação muito significativa para a sua maneira de enxergar a emissão dos enunciados e, de modo mais geral, dos próprios jogos de linguagem: falar implica lutar, jogar, não apenas buscar ser compreendido pelo outro. A compreensão é ela mesma fruto da maneira com os falantes, cada um se apropriando das regras subjacentes ao jogo, tende a conduzir o seu interlocutor em direção às suas pretensões particulares.

Em meio a esta análise pragmática, o filósofo francês resgata um outro conceito de grande importância na filosofia da linguagem ordinária de J. L. Austin em sua conhecida obra *How to do things with words*: o de performativo (AUSTIN, 1975, p. 1 e et seq.). Não cabe, nos limites deste artigo, fornecer uma explicação aprofundada sobre as tipologias apresentadas por Austin, mas de ressaltar, assim como faz Lyotard (1984, p. 9 e et seq.), que o performativo promove uma identificação entre o enunciado e o objeto de sua enunciação, ou seja, o próprio ato enunciativo é já uma forma de intervenção em um estado de coisas particular: quando um reitor declara que “a universidade está aberta”, não pretende descrever a atual condição da instituição, e sim abrir a instituição ao início do semestre letivo; quando o padre enuncia, na cerimônia de casamento, que o casamento fora realizado, não descreve apenas um estado de coisas – a relação matrimonial –, antes trata de instaurá-la a partir dos procedimentos do próprio culto.

Diferentemente dos enunciados constativos, que descrevem ou fazem menção a um estado de coisas, estando ou não em conformidade com o que descrevem, os performativos intervêm: eles criam, introduzem novos

elementos, modificam circunstâncias, trazem à tona condições de aceitação, ou não (AUSTIN, 1975, p. 53 e et seq.). Por essa razão, os performativos não podem ser considerados verdadeiros ou falsos: eles são apropriados ou inapropriados na medida em que se adequam às condições pertencentes a um contexto e, com isso, produzem – ou deixam de produzir – seus efeitos (AUSTIN, 1975, p. 12 e et seq.). Stanley Fish (1989, p. 58) observa o seguinte:

O apropriado, então, está para os performativos assim como verdade ou falsidade está para os constativos. A diferença reside em que o apropriado como referência varia conforme as circunstâncias – é um juízo social ou institucional – enquanto que verdade ou falsidade como referência indica um relacionamento (entre palavra e mundo) que *sempre* se faz presente³.

As circunstâncias não são propriamente determináveis ou de fácil apreensão como terminam por aparentar. Existe, na verdade, uma persistente indeterminação referente à extensão da produção dos efeitos dos atos performativos, e uma das razões para tanto recai sobre a dinâmica que é estabelecida entre os enunciados e os diferentes contextos institucionais que os envolvem. Basta a modificação de um dos elementos do contexto, por menor que seja, e o efeito de um ato pode adotar uma direção diversa daquela que fora inicialmente pretendida (AUSTIN, 1975, p. 25 e et seq.).

É mesmo discutível até que ponto os efeitos dos performativos podem ser rigorosamente mapeados e delimitados, caso se adote uma perspectiva temporal mais ampla: o conhecido caso da desobediência de Rosa Parks, então um ato, a princípio, banal e que confrontou diretamente normas que eram reconhecidas pelas autoridades dos Estados Unidos daquela época, hoje ressoa como modelo de um ativismo político profundamente influente e que continua a ser uma referência nas diversas reflexões sobre a política racial desse país (BUTLER, 1997, p. 43 e et seq.).

Um padre, ao celebrar a missa de casamento, seguindo à risca todos os procedimentos, pode, aos olhos do seu público, ter efetivamente celebrado o matrimônio, mas, duas semanas depois, é revelado que o padre, na verdade, era um impostor desempenhando um papel, nada mais além disso. O ato

³ No original: “Appropriateness, then, stands to performatives as truth and falsehood stand to constatives. The difference is that appropriateness as a standard varies with circumstances - it is a social or institutional judgment - while truth and falsehood as a standard refer to a relationship (between word and world) that always obtains”.

que, a princípio, fora bem-sucedido em razão de estar em conformidade com as condições para a sua validade, agora seria insuscetível de produzir o efeito que lhe era esperado (AUSTIN, 1975, p. 39 e et seq.).

Para além das análises de Austin, investigar os performativos implica trazer à tona as diferentes maneiras pelas quais a linguagem constrói e reconstrói a realidade social que envolvem os falantes. Mesmo quando um ato não realiza aquilo que de início pretendia, ou seja, é malsucedido, ainda assim existe a intervenção que de alguma maneira acaba por criar algo, mesmo que destoando e, por vezes, se opondo às convenções estabelecidas. Uma paródia, por exemplo, pode introduzir uma representação intencionalmente forçada e caricata de um assunto ou tema considerado sério como estratégia que confronta as regras que distinguem o que pode ser concebido como sério daquilo que não o é. Embora a criatividade se expresse de maneira inusitada, por vezes transgressora, sempre ocorre a partir de um pano de fundo mais abrangente e com o qual ela precisa jogar (AUSTIN, 1975, p. 25 e et seq.). Lyotard (1984, p. 10) observa:

Um movimento pode ser feito apenas pelo prazer de sua invenção: o que mais poderia estar envolvido no trabalho da linguagem realizado pela comunicação popular e pela literatura? Grande alegria reside na invenção infinita de modificação de frases, palavras e sentidos, processo por trás da evolução da linguagem no nível da *parole*. Mas indiscutivelmente mesmo este prazer depende de uma sensação de sucesso conquistada sob um adversário – ao menos um adversário, que é também formidável: a linguagem aceita, ou a conotação⁴.

Para fins de desenvolvimento analítico, este trabalho entende por instituição, ou contexto institucional, um campo no qual regras e procedimentos se encontram profundamente enraizados e delimitados (LYOTARD, 1984, p. 19 e et seq.). Ao longo deste trabalho, o institucional está muito mais associado a uma certa estabilidade e permanência das regras do que o seu sentido mais corrente, principalmente no tocante às ciências políticas e ao estudo dos desenhos institucionais.

⁴ No original: “A move can be made for the sheer pleasure of its invention: what else is involved in that labor of language harassment undertaken by popular speech and by literature? Great joy is had in the endless invention of turns of phrase, of words and meanings, the process behind the evolution of language on the level of *parole*. But undoubtedly even this pleasure depends on a feeling of success won at the expense of an adversary - at least one adversary, and a formidable one: the accepted language, or connotation”.

Em sua obra *Institution and interpretation*, Samuel Weber (2001, p. xiv e et seq.) já assinalara a fragilidade e a indeterminação das regras subjacentes a um determinado âmbito de práticas, dedicando atenção às operações de exclusão presentes na constituição e permanência de uma estrutura de sentido. Se, por um lado, as regras ditas institucionalizadas proporcionam, ao menos em tese, uma maior previsibilidade e segurança em termos de referência para os que atuam nesse espaço, por outro lado abrem sempre espaço para que os atores “joguem” com as regras e procedimentos, fornecendo um espaço de criatividade que introduz, paralelamente às pretensões de estabilidade, uma margem de imprevisibilidade.

Trata-se de uma ideia que se aproxima das observações de Jacques Derrida referentes à força de ruptura que já se encontra presente na escrita. Recorrendo à sua noção de iterabilidade, o filósofo da desconstrução aponta uma dinâmica de reprodução em meio a uma contínua dispersão e ruptura da escrita através dos diferentes – e incontáveis – contextos nos quais o texto escrito é reproduzido:

Até onde a semiótica interna do contexto é relevante, a força de ruptura não é menos importante: em função de sua iterabilidade essencial, o sintagma escrito pode sempre se desatrelar da cadeia na qual se encontra inserido ou dado sem fazer com que ele perca toda a sua possibilidade de funcionamento, senão toda a possibilidade de “comunicação”, precisamente. Pode-se talvez se chegar a reconhecer outras possibilidades ao inscrevê-lo ou enxertá-lo em outras cadeias. Nenhum contexto pode inteiramente enclausurá-lo (DERRIDA, 1988, p. 9)⁵.

A princípio, a estabilidade e a rigidez dos contextos institucionais, de certa maneira, concorreria para limitar, senão obstruir, determinados movimentos e os seus efeitos decorrentes, mas, como fora apontado por Derrida em sua análise dos performativos, os contextos são também atravessados por uma contínua indeterminação no que se refere aos seus

⁵ No original: “As far as the internal semiotic context is concerned, the force of the rupture is no less important: by the virtue of its essential iterability, a written syntagma can always be detached from the chain in which it is inserted or given without causing it to lose all possibility of functioning, if not all possibility of “communicating”, precisely. One can perhaps come to recognize other possibilities in it by inscribing it or grafting it on other chains. No context can entirely enclose it”.

limites e elementos: a caracterização de uma cena nunca se esgota por completo os seus elementos, nem esclarece todos os elementos normativos que nelas se encontram implícitos, como regras, rituais, elementos com os quais se pode determinar se um ato é apropriado ou inapropriado.

Essa indeterminação é importante para assinalar a gama de possibilidades e as diferentes maneiras de se recorrer às regras subjacentes aos contextos institucionais: a regularidade que se pretende estabelecer existe em meio a uma contínua dispersão e instabilidade. Cada ato traz consigo a possibilidade de ruptura com os elementos do contexto e nisso simultaneamente termina também por lhes reforçar a existência. Lyotard (1984, p. 17) observa que esses limites são eles mesmos consequências das diferentes estratégias da linguagem e, por isso mesmo, podem – e, de certo modo, serão subvertidos:

Nós sabemos hoje que os limites que a instituição impõe nos potenciais “movimentos” da linguagem jamais são estabelecidos de forma definitiva (ainda que eles assim tenham sido formalmente definidos). Os limites eles mesmos são os resultados provisórios de estratégias linguísticas, sejam elas dentro da instituição ou fora.⁶

Trata-se de uma observação pertinente para a maneira como Lyotard, recorrendo à sua concepção de jogos de linguagem, opera uma distinção entre conhecimento e ciência, algo que, aliás, já fora implicitamente apontado quando mencionara o conhecimento narrativo (LYOTARD, 1984, p. 18 e et seq.). São várias as consequências dessa separação, mas uma delas é a de que, sendo a produção científica usualmente associada à criação de representações fidedigna de uma realidade objetiva, torna-se fácil sustentar que a única forma de conhecimento verdadeiro e aceitável seja o científico.

Lyotard, porém, chama atenção para este ponto: enquanto subcampo da categoria mais ampla de conhecimento, as descrições produzidas pela atividade científica só se mostram aceitáveis ao preencherem duas condições muito específicas: a persistência dos objetos tomados como referência por seus enunciados e a conformidade estabelecida entre os enunciados e as regras específicas que são estabelecidas pelos *experts* (LYOTARD, 1984, p. 18 e et seq.). A criação de enunciados, para além de uma concepção estritamente representacional da linguagem científica, também é constitutiva deste campo.

⁶ No original: “We know today that the limits the institution imposes on potential language “moves” are never established once and for all (even if they have been formally defined). Rather, the limits are themselves the takes and provisional results of language strategies, within the institution and without”.

O conhecimento, é importante enfatizar, sempre traz consigo uma dimensão prática que se expressa na maneira como certa atividade é desempenhada em meio a um contexto de regras e procedimentos. Preliminarmente, portanto, falar de conhecimento implica trazer à tona as diferentes competências que os falantes podem ter em meio a um conjunto de práticas. Seja na formulação de enunciados denotativos, como os científicos, ou prescritivos, como aqueles encontrados no sistema jurídico e nos demais enunciados deontológicos, uma atuação boa ou ruim só pode existir em função dos critérios implícitos do espaço social no qual a interlocução entre os falantes é realizada. Não só esses critérios são diversos de campo para campo – estético, ético, tecnológico – como os seus sentidos e usos disponibilizados também oscilam entre os espaços sociais. No que se refere a este ponto, Lyotard (1984, p. 19) observa:

O que é um ‘bom’ enunciado prescritivo ou valorativo, uma ‘boa’ performance em questões denotativas ou técnicas? Todos são julgados como ‘bons’ na medida em que estão em conformidade com os critérios relevantes (de justiça, beleza, verdade e eficiência, respectivamente) aceitos no espaço social de ‘conhecimento’ dos falantes [...]⁷.

O critério de justiça a que se recorre para se avaliar uma ação, procedimento ou estrutura, está sujeito às diferentes compreensões influenciadas por aspectos culturais, históricos e mesmo temporais. Por exemplo, pode-se sustentar, em um determinado espaço social, que o critério de justiça está associado à proporcionalidade e à equivalência, enquanto, em um espaço diverso, o mesmo critério estaria associado à preservação dos comportamentos e dos valores tradicionais. Mais uma vez, esses constrangimentos que, a princípio, parecem apreender e delimitar os sentidos dos critérios são eles mesmos frutos das operações e estratégias linguísticas que moldam – e continuamente redefinem – os diferentes espaços sociais (LYOTARD, 1984, p. 17).

⁷ No original: “What is a ‘good’ prescriptive or evaluative utterance, a ‘good’ performance in denotative or technical matters? They are all judged to be “good” because they conform to the relevant criteria (of justice, beauty, truth, and efficiency respectively) accepted in the social circle of the ‘knower’s’ interlocutors [...]”.

3 AS NARRATIVAS DA NORMATIVIDADE: O PERFORMATIVO NA TEORIA DO DIREITO

Dentre os contextos sociais nos quais os performativos se fazem claramente presentes, os jurídicos acabam ficando em evidência. Existem algumas razões gerais para tanto, e muitas outras mais específicas. Uma primeira razão é a de que as práticas jurídicas, na medida em que são sempre acompanhadas por consequências jurídicas, exigem um contexto institucional no qual cada prática é autorizada ou não mediante sua conformidade com uma série de elementos distintos, nem sempre prontamente identificáveis: as fontes formais do direito, certamente, mas também as interpretações dos doutrinadores, magistrados e demais atores jurídicos em torno dessas mesmas fontes.

Uma segunda razão é a de que a conformidade mencionada existe a partir de uma formalização que posiciona as práticas jurídicas dentro de uma moldura específica de conceitos, estruturas argumentativas e procedimentos interpretativos normalmente estranhos a outras áreas profissionais. É aqui que as teorias do direito historicamente têm apresentado contribuições fecundas e que de certa maneira interferiram – e interferem – na maneira na produção de efeitos que perfaz as práticas jurídicas.

Teorias do direito historicamente se expressam em termos de descrição dos principais conceitos que constituem os ordenamentos jurídicos, sendo as mais discutidas contemporaneamente aquelas associadas aos ordenamentos modernos. Conceitos como norma, ordenamento, decisão, validade, sanção, regras ou princípios, apenas para mencionar alguns, integram o repertório empregado pelos teóricos dos direitos nas diferentes maneiras com que formalmente descrevem o sistema jurídico. Para além da coerência interna presente nessas descrições ou nas questões que tratam de suscitar, as teorias do direito introduzem um vocabulário, por vezes inusitado, que organizam discussões, pesquisas e controvérsias sobre diferentes temáticas referentes ao âmbito jurídico.

Em parte, é por meio das teorias do direito – ou recorrendo a elas – que as diferentes formas de argumentação e interpretação jurídicas são estabelecidas e eventualmente, embora nem sempre, reproduzidas por diferentes atores jurídicos em seus cotidianos forenses. Conceitos como ordenamento jurídico, norma jurídica, sanção e decisão judicial tiveram suas origens em meio às diversas teorias formuladas para organizar e formalizar os principais traços que informaram – e permanecem informando – os sistemas jurídicos modernos. É possível discernir esse ponto tanto na teoria pura do direito, de Hans Kelsen (1999, p. 16 e et seq.), nas aulas de Norberto Bobbio (1995, p. 19), que vieram a formar a sua teoria do direito, como também em *O conceito de direito*, de H. L. A. Hart (2001, p. 23 e et seq.).

Para além da maneira com que são empregados na descrição dos fenômenos, os conceitos abrem espaço para novas veredas e possibilidades de pensamento, por vezes até trazendo-o à tona. Por vezes, cada um dos conceitos utilizados pelo teórico apresenta um problema, uma questão, que o coloca como resposta, mesmo que limitada e provisória. Embora talvez soe por demais exagerado afirmar que as teorias do direito funcionam, por vezes, como superfícies de inscrição nas quais diferentes enunciados da prática jurídica encontram a sua fundamentação, certas querelas jurídicas trazem consigo a influência dessas teorias.

Se hoje, principalmente no tocante aos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro ou de outras cortes, a distinção entre regras e princípios é, por vezes, tomada como evidente, como algo logicamente se pode depreender mediante uma análise superficial das espécies de normas jurídicas, a história das teorias do direito mostra um cenário diverso. A distinção surge e se torna proeminente somente a partir da segunda metade do século vinte, sendo diretamente associada a críticas e divergências de Ronald Dworkin e Robert Alexy com a jurisprudência analítica marcadamente influenciada pela filosofia de H. L. A. Hart no mundo anglo-saxônico e pelo positivismo jurídico de inspiração kelseniana, até então dominante no continente europeu, respectivamente.

Seja na jurisprudência analítica de Hart, no positivismo jurídico de Hans Kelsen ou no realismo jurídico de Alf Ross, a distinção entre regras e princípios não somente inexistia nas teorias desses autores, como dificilmente encontrariam nelas o seu lugar. As pretensões descritivas das teorias de direito são surpreendidas, nas várias divergências entre os teóricos pela sua inventividade, principalmente na maneira como elas mesmas transformam, por vezes sutilmente, o próprio panorama prático-teórico a qual pretendem descrever (ALEXANDER; KRESS, 1998, p. 279 e et seq.).

Ainda que tendam a trazer consigo pretensões mais formalistas e abstratas, a exemplo da teoria pura, proposta por Kelsen, ou da teoria geral do direito, que Norberto Bobbio desenvolvera, em seus conhecidos cursos, as teorias sempre mantêm diferentes espécies de vinculação com o contexto cultural e institucional do sistema jurídico que envolve os seus formuladores. Em certo sentido, elas incorporam em sua estrutura conceitual as preocupações, os anseios e as expectativas da comunidade em torno da dinâmica atual do sistema jurídico e, por vezes, até questões mais abstratas, associadas à própria ideia do justo como referencial normativo.

Apenas para fins exemplificativos, as diferentes investigações associadas ao estatuto epistemológico do conhecimento científico, como aquelas referentes às ciências mais duras, influenciaram, de maneira decisiva, a purificação metodológica concebida por Kelsen (1999, p. 1 e et seq.) na maneira como define o objeto da ciência do direito e qual seria a atitude do

teórico no que diz respeito ao estudo desse mesmo objeto. Para além das implicações presentes nessa postura teórica, a preocupação científica, tão presente nas várias teorias do direito daquela época, expressavam também um anseio pela validação do conhecimento jurídico como sólido, ancorado em premissas lógicas, tornando-o diferente de outras formas que seriam mais frágeis aos olhos das perspectivas epistemológicas daquela época.

Vale destacar, neste ponto, o que Lyotard (1984, p. 17 e et seq.) já apontara na formação do campo científico, a saber, no tocante aos enunciados descritivos, é importante elencar as condições suplementares as quais são encarregadas de fornecer a legitimação dos enunciados. É razoável se depreender, a partir desta posição, que os diferentes enunciados descritivos formulados pelos teóricos do direito na representação que fazem do sistema jurídico passem por formas de validação nos espaços institucionais. Entretanto – e talvez este seja o principal ponto da leitura que Lyotard faz da atividade científica no desenrolar do século vinte -, os conceitos e as premissas teóricas trazidos pelas teorias do direito tendem a não proporcionar descrições mais precisas e fidedignas do direito vigente ou as condições para um estudo mais rigoroso do conhecimento jurídico, antes estabelecem novas descrições com as quais se pode falar, agir e pensar sobre o jurídico.

Seguindo essa linha de reflexão, um questionamento em torno do rigor de uma teoria da argumentação jurídica, como a de Aulis Aarnio (1987, p. 193 e et seq.) ou Aleksander Peczenik (1989, p. 160 e et seq.), pede preliminarmente uma consideração da maneira pela qual o valor ‘rigor’ é tomado como referencial normativo no espaço institucional, e mais especificamente acadêmico, em que o próprio questionamento surgiu. ‘Rigor’ deixa de estar associado a uma representação fidedigna, seja ela vislumbrada em termos ontológicos ou deontológicos, de uma realidade em particular para se tornar apenas um termo cujo sentido oscilante e instável serve para apontar as teorias que melhor atendam às pretensões epistemológicas de um espaço institucional específico, por mais provisórias que elas sejam.

De igual modo se pode também abordar as discussões referentes à objetividade da decisão judicial, às estruturas argumentativas empregadas pelos atores jurídicos e à relação entre norma jurídica e norma moral, como expressões de uma dinâmica contínua de redefinição dos termos e valores que norteiam as descrições atuais sobre o jurídico e a sua prática. O próprio termo objetividade teve variações de sentido que ora o situavam mais próximo do ideal de conhecimento associado às ciências da natureza, ora examinando outros usos possíveis, mais próximos às pretensões e às espécies de enunciados tradicionalmente encontrados no domínio das ciências humanas (MARMOR, 1998, p. 177 e et seq.).

Joseph Raz (1998, p. 155 e et seq.), ele mesmo um notório expoente contemporâneo da jurisprudência analítica, veio a esclarecer, em alguns de seus textos, diferentes formas de se empregar o conceito de objetividade e quais as consequências dessas formas para as discussões que acompanham o conceito. Em seu minucioso e amplo estudo sobre a teoria do direito, Aulis Aarnio (1987, p. 158 e et seq.) sistematizou uma série de elementos que concorrem para a validação dos enunciados interpretativos.

Se o cuidado com as variadas maneiras pelas quais termos e conceitos são empregados nos espaços regrados é um dos pontos decisivos para uma análise pragmática da linguagem, não é exatamente isso que interessa e que vai conduzir a maneira pela qual Lyotard trabalha os jogos de linguagem e os performativos. Em ambos os casos, conforme apontado em análise das posições do autor, a preocupação é com a legitimação e as suas condições enraizadas nos diferentes espaços sociais. Este é um detalhe importante já que é a partir dele que o filósofo francês vai pensar as diferentes maneiras pelas quais as narrativas não apenas são inventadas, como também elas se enraízam de tal maneira que tendem a regular, validar ou desqualificar outras narrativas que são posteriormente produzidas.

Em síntese, o que se têm são diferentes operações que concorrem para a regulação, organização e definição da criação das narrativas e, consequentemente, dos seus conceitos e objetos. Enunciar o que seria precário e contingente naquilo que aparenta ser definitivo, regular e sólido é apenas uma das tarefas que Lyotard parece assinalar em sua obra: é preciso compreender como nos debates e nas diferenças entre as teorias do direito, um certo combate que dispõe sobre a prática do direito toma a sua forma e adquire a sua relevância. A análise performativa realizada pelo filósofo francês possui um caráter político decisivo, porque está impregnada pelo conflito que assume a forma de estratégias de sobreposição e ocultamento.

Abordada por essa perspectiva, a normatividade jurídica é, desde o seu princípio, performativa. Não apenas os conceitos formulados pelos juristas, sejam teóricos ou doutrinadores, não trazem consigo uma pretensão de representar um estado de coisas, como até acabam por fomentar esse estado. As categorias elaboradas pela dogmática jurídica em geral existem como respostas para determinados problemas, elementos que compõem a fundamentação dos argumentos desenvolvidos pelos atores jurídicos.

Ao mesmo tempo que a implementação de novas categorias tende a desestabilizar, em graus variados, a dinâmica específica da normatividade jurídica, esta, por sua vez, tende a retornar ao seu padrão usual. Igor Gräzin (2004, p. 173) enxerga nesse comportamento a expressão da circularidade do mito no próprio direito, principalmente no que se refere ao seu duplo ideal:

Se aceitarmos o caráter circular do mito nós também veremos a manifestação desta propriedade no direito de uma maneira bem específica: o ideal do direito é a estabilidade mais a sua reprodutividade. Nós queremos saber que o direito está lá fora, independente dos ventos políticos e de outros tipos de predisposições. O direito é perturbado pela sua aplicação e se recupera a mesma ao retornar ao seu estágio inicial⁸.

Nisso também, os diferentes gestos e formalidades empregados pelos juristas são marcados por uma forte dimensão performativa ao atualizarem, por vezes implicitamente, os valores e os ideais subjacentes ao campo institucional no qual se encontram: a disposição das fontes formais, especialmente a partir de estruturas argumentativas abstratas e impessoais, reforçaria a existência de um sistema jurídico distante, embora não insensível às pressões políticas e econômicas. Conduzido pelo ideal de estabilidade e pela sua continuidade, através da reprodução dos seus procedimentos, o direito positivo necessita reiteradamente se reorganizar em meio à dinâmica das relações sociais as quais são constitutivas de sua existência. Por isso, o elo entre narrativa e instituição, parcialmente explorado nas páginas iniciais deste trabalho, precisa ser revisitado à luz das exigências funcionais que historicamente tem constituído a prática do direito.

O que fascina autores como Jean-François Lyotard, Jacques Derrida e Stanley Fish, com relação ao conceito de performatividade tal como inicialmente pensado por J. L. Austin, recai em parte sobre dois aspectos entrelaçados: o primeiro se refere ao modo como põem, em primeiro plano, o papel da linguagem na construção das relações sociais e dos diversos contextos que as envolvem, enquanto o segundo abrange os diferentes procedimentos de legitimação que estabelecem as condições pelas quais os performativos podem vir a produzir os seus efeitos pretendidos.

Ambos os aspectos tratam de apontar como os enunciados são capazes de interferir, moldar e transformar um determinado estado de coisas ao invés de simplesmente descrevê-los, estando a descrição em conformidade, ou não, com o que fora observado pelo falante. Os performativos trazem para o primeiro plano uma perspectiva de análise na qual as práticas linguísticas são tomadas também práticas sociais com efeitos próprios e capazes de transformar os contextos nos quais inicialmente se encontram inseridos.

⁸ No original: "If we accept the circular character of myth we also see the manifestation of this feature in law in a very specific way: law's ideal is stability plus reproductivity. We want to know that law is out there, independent of political winds and all other types of bias. Law is disturbed by its application and recovers from this by returning back to its initial stage".

Nessa direção, dentre as práticas jurídicas que mais evidenciam a transformação contextual efetuada pelos performativos, encontra-se a decisão judicial. Cabe à última seção discutir de que maneira as indagações de Lyotard podem, de algum modo, contribuir para uma reflexão acerca do conceito.

4 A DECISÃO JUDICIAL COMO ATO PERFORMATIVO: O LUGAR DO DIFERENDO

A decisão judicial é um ato que, de diferentes maneiras, atua sobre uma circunstância, seja para reafirmá-la, seja para modificá-la. Decidir juridicamente sempre envolve recorrer a um *corpus* de leis, decisões anteriores, teorias e outros elementos que, de diferentes maneiras, se encontram autorizados pelo contexto institucional que serve de pano de fundo para o ato. Mas em que consistiria o cerne da decisão judicial? Uma concepção um tanto quanto persistente, ao longo da história das teorias do direito, fora a de concebê-la em termos de silogismo (MACCORMICK, 2005, p. 32 e et seq.; PECZENIK, 1989, p. 107 e et seq.).

A estrutura do silogismo judicial associa a premissa maior às fontes formais, a menor ao problema aberto pelo caso concreto e, por fim, a conclusão à sentença. Muito embora não se conceba aqui uma relação de necessidade lógica entre as duas premissas e a conclusão à qual se chega, o que a ideia do silogismo traz consigo é uma concepção dedutivista, portanto formal da estrutura da decisão judicial (MACCORMICK, 2005, p. 49 e et seq.). Dito de outro modo, a fundamentação da sentença precisa estar ancorada na articulação entre o problema a ser resolvido e as fontes formais.

Uma vez identificada essa conexão entre as duas premissas, diz-se que existe a presença de uma fundamentação jurídica, por mais contestável que seja a interpretação ou a maneira como as premissas são articuladas por aquele que argumenta. A aceitação do silogismo depende da maneira como a sua forma é estabelecida, e não da veracidade das suas premissas. Entretanto, para que isso seja viável, é necessário que a própria ideia da decisão como silogismo seja aceita e compartilhada pelos atores jurídicos envolvidos na prática – e este é um ponto que Lyotard discerniu com precisão no que se refere à dinâmica dos jogos de linguagem.

Esta atitude pautada pelo jogo e pela estratégia reflete duplamente o funcionamento institucional – e, neste caso, das instituições jurídicas – e a maneira pela qual as fontes formais do direito são manuseadas de maneira a proporcionar uma adesão ao ponto de vista defendido. Concebido apenas desta maneira, porém, a dimensão ética, cuja articulação com uma reflexão sobre o justo é de considerável importância para Lyotard, pode se perder.

Como ato performativo, a decisão judicial sempre carrega consigo uma gama de implicações que, por vezes, são consequências diretas do que fora decidido, mas outras vezes não o são. O instante da decisão judicial põe em xeque o limite do cálculo e da racionalidade subjacente ao ato em questão.

Em sua obra, *Le différend*, Lyotard tende a desenvolver as implicações ético-políticas subjacentes ao progressivo fracionamento dos jogos de linguagem. Mais uma vez, considerando que o apelo a um jogo de linguagem transcendental, capaz de arbitrar o impasse suscitado entre dois ou mais jogos marcados por dinâmicas distintas, é rechaçado pelo autor, a problemática da justiça persiste em meio à diversidade dos jogos. Decisões judiciais frequentemente tendem a ocorrer, em meio a circunstâncias, nas quais as partes possuem algo a perder, porém de grandezas marcadamente distintas. Esses dilemas podem ser representados, de maneira mais concreta, por meio da seguinte situação ilustrativa trazida por Ken Gelder e Jane M. Jacobs (1998, p. 117-134) quando discorrem sobre identidade e sacralidade no contexto das sociedades nativas australianas.

Perante um juiz se encontram dois litigantes. O primeiro é uma empresa de construção que pretende realizar um novo empreendimento na ilha; o segundo é um grupo de mulheres aborígenes que sustentam ser a ilha um espaço religioso para a sua comunidade. Se o que as mulheres estabelecem é verdade, então o empreendimento, que já custou milhares de dólares para a empresa, deve ser afastado e a terra retornada aos aborígenes. Isso, segundo a empresa, vai levá-los a declarar falência, tornado também o seu pessoal desnecessário e, por isso mesmo, dispensável.

Com relação aos outros litigantes, ocorre o seguinte: para que possam sustentar as suas pretensões, as mulheres necessitam provar, perante os tribunais, que a ilha, de fato, é um lugar sagrado. O advogado que as representa estabelece que, conforme as suas crenças, a discussão sobre o significado da terra só pode ser debatida entre elas: o sagrado recai em uma noção de hereditariedade na qual, durante gerações, o espaço é transmitido de mãe para filha. Caso este segredo, referente à transmissão, seja revelado para alguém de fora da comunidade, a sacralidade do espaço será perdida.

As crenças dos nativos acabam por colocar as litigantes em uma situação delicada e sem uma resposta aparente. Conforme o direito australiano, se as mulheres aborígenes não fornecerem evidências para a corte, elas perdem o caso; se elas optarem por discutir a questão, terão que discutir o segredo que confere ao terreno a sua sacralidade, mas, se isso ocorrer, tendo em vista suas crenças, o terreno deixará de ser sagrado.

O conflito entre os litigantes expressa também a tensão entre duas linguagens distintas: por um lado, uma certa racionalidade econômica através da qual os pedidos de falência e o consequente desemprego dos funcionários são trazidos à tona; por outro lado, as crenças nativas e as suas proibições que estabelecem os fundamentos dos pedidos das litigantes e que,

de certo modo, impedem o desenvolvimento dos trâmites processuais tal como o sistema jurídico normalmente estabelece.

Lyotard (1988, p. 5 e et seq.) fornece uma série de conceitos que, se não propõem uma solução equidistante para o problema suscitado, ao menos permite remetê-lo a uma problemática mais abrangente sobre a justiça. O conceito de erro (*tort*), que o autor apresenta em *Le différend*, ajuda a situar analiticamente a circunstância das mulheres aborígenes: se o dano (*dommage*) remete a uma apropriação indevida das suas terras sagradas, o erro, por sua vez, traduz-se na inviabilidade de exposição de sua narrativa particular em termos que atendam ao modo como os tribunais concebem provas e evidências no desenrolar do processo.

Esse entrave situa as litigantes em um dilema de difícil resolução: a ausência de exposição de uma narrativa particular tem como uma das suas consequências a falta de uma defesa processual; a exposição da narrativa, com uma discussão pública das crenças que orientam o pedido, possibilita a defesa nos termos estabelecidos pelo sistema jurídico, mas traz como consequência a perda da sacralidade do espaço em questão. Muito mais importante do que pensar uma solução técnica que proporcione, de maneira razoável, uma conciliação entre essas duas pretensões conflitantes são os processos de legitimação subjacentes à formulação dos enunciados e da produção de matéria probatória.

A relutância em expor as próprias crenças e as razões pelas quais o lugar é considerado sagrado por si só não seria o impeditivo para a construção de uma tese de defesa: o verdadeiro impeditivo reside na profunda incompatibilidade entre as formas institucionalizadas de construção da matéria probatória e o tipo de testemunho fornecido por uma das partes; e é nesse contexto em que existiria o desenvolvimento da distinção entre dano e erro. Lyotard (1988, p. 5) caracteriza o conceito de erro (*tort*) da seguinte maneira:

É disso que se trata o erro: um dano acompanhado pela perda dos meios de provar o próprio dano. Este seria o caso se a vítima é destituída da vida, ou de todas as suas liberdades, ou da liberdade de tornar pública as suas ideias e opiniões, ou apenas simplesmente testemunhar o dano, ou simplesmente se a fase de testemunhar é ela mesma destituída de autoridade... Em todos esses casos, a privação estabelecida pelo dano é acrescentada a

possibilidade de trazer ao conhecimento de terceiros e, em particular, dos próprios tribunais⁹.

Ainda que as teorias do direito possam fornecer estruturas argumentativas que levem à proposição de uma linguagem em comum entre as partes litigantes, a situação apresentada por Lyotard introduz um problema de natureza diversa: trata-se da ausência de uma linguagem ou de um espaço em comum no qual os litigantes possam traduzir e apresentar as suas queixas, ou mesmo a impossibilidade de se chegar a expor a própria queixa em si mesma. Por isso, Lyotard destaca a natureza composta do erro (*tort*) como um dano acrescido da ausência de possibilidade por meio da qual o próprio dano seria provado.

Nessa formulação do erro (*tort*), faz-se presente, ainda que de maneira indireta e por vezes sutil, a dinâmica dos performativos e aos jogos de linguagem discutidas ao longo deste artigo. A possibilidade da prova só se estabelece a partir de uma estrutura amparada por regras e procedimentos específicos e que lhe determinam como e quais provas serão aceitas. A existência do dano em si não necessariamente produz qualquer implicação jurídica, caso não seja transposta para dentro da estrutura processual do direito, ou seja, não apenas a existência do dano precisa ser estabelecida, como também precisa estar associada a algum tipo de demanda amparada pelas diversas fontes formais do direito, que envolve as teorias do direito.

O conceito de diferendo (*le diffèrent*) é desenvolvido por Lyotard através de uma retomada dos argumentos apresentados em *A condição pós-moderna*, incluindo sua incursão pelos performativos e jogos de linguagem e a problemática da legitimação dos saberes. Essa retomada é pensada em meio ao cenário de pretensões concorrentes no qual os conceitos de erro (*tort*) e dano (*damage*) são apresentados. A sua definição para o diferendo é a seguinte:

Sendo distinto da litigância, o diferendo seria a situação de conflito, entre (ao menos) duas partes que não podem resolver em virtude da falta de uma regra de juízo que é simultaneamente aplicável a ambos os argumentos. A legitimidade de um lado não implica a falta de legitimidade do outro.

⁹ No original: "This is what a wrong would be: a damage accompanied by the loss of the means to prove the damage. This is the case if the victim is deprived of life, or of all his or her liberties, or of the freedom to make his or her ideas or opinions public, or simply the right to testify to the damage, or even more simply if the testifying phrase is itself deprived of authority... In all of these cases, to the privation constituted by the damage there is added the impossibility of bringing it to the knowledge of others, and in particular the knowledge of the tribunal".

Entretanto, aplicar uma única regra de julgamento a ambos para resolver o seu diferendo concebido como se fosse uma mera litigância provocara um erro em ao menos uma das partes (ou mesmo a ambas caso nenhuma delas venha a admitir a regra empregada) (LYOTARD, 1988, p. xi)¹⁰.

Em termos de desenvolvimento teórico, pode-se dizer que o diferendo representa um desdobramento das incursões epistemológicas de *A condição pós-moderna* para o domínio da ética, da estética e da política. Não cabe, nos limites deste trabalho e da temática escolhida, uma abordagem mais profunda do diferendo e das suas diversas implicações no campo jurídico: basta observar que ele representa a inabilidade de uma solução imparcial, distinta e objetiva diante de polos opostos: muito mais do que estar restrito a disputas jurídicas, o diferendo aponta para o próprio silêncio que estaria presente nas diferentes dinâmicas da linguagem.

Expressa as próprias tensões éticas que se desenvolvem a partir do momento em que as metanarrativas são abandonadas, fazendo com que as teorias normativas se transformem em apenas mais descrição política sobre um domínio particular, mas incapazes de fornecer critérios com os quais resolver decisivamente as tensões que possam existir entre si: elas, as teorias, não constituem a resposta ao diferendo no contexto da decisão judicial, mas mais um conjunto de objetos a serem instrumentalizados para se estabelecer uma posição. As teorias constroem e reconstroem campos, objetos e atores que tomam parte em um processo continuamente conflituoso e interminável.

Considerando que uma compreensão da decisão judicial, em termos dedutivos, tem se mostrado cada vez mais difícil de se defender, sendo paulatinamente substituída por concepções mais abrangentes e complexas proporcionadas pelas diferentes teorias da argumentação jurídica, resta saber como o posicionamento de Lyotard diante delas. Considerando os limites dessa pesquisa, não cabe realizar uma exposição minuciosa dos argumentos e da maneira pela qual a abordagem de Lyotard pode confrontar os diferentes pressupostos que informam as teorias da argumentação jurídicas, elas mesmas variadas e robustas.

Para atingir esse propósito, então, o recorte vai recair nas observações críticas que o autor estabelece perante a preocupação com o consenso no

¹⁰ No original: "As distinguished from a litigation, a differend would be a case of conflict, between (at least) two parties, that cannot be resolved for a lack of a rule of judgment applicable to both of the arguments. One side's legitimacy does not imply the other's lack of legitimacy. However, applying a single rule of judgment to both in order to settle their differend as thought it were merely a litigation would wrong (at least) one of them (and both of them if neither side admits this rule)".

contexto das teorias políticas contemporâneas. Esse recorte se justifica por duas razões: a primeira é que uma das teorias da argumentação mais influentes, a de Robert Alexy (2001, p. 91 e et seq.), fora influenciada de maneira significativa pela teoria da ação comunicativa e ética da discussão, desenvolvidas por Jürgen Habermas (2001, p. 20 e et seq.); a segunda é que Lyotard não chegou a confrontar diretamente as teorias da argumentação jurídica e as questões mais específicas que elas trazem, por vezes demasiado restritas à problematização jurídica.

Lyotard e Thébaud (1985) tendem a ressaltar, em diferentes momentos de sua obra, a significação dos sofistas para o panorama contemporâneo. Dentre os vários gestos teóricos desses pensadores, existe a relutância em considerar que existiria um conhecimento sólido e racionalmente fundamentado em torno da política e da ética: o que existe são apenas opiniões. Esse resgate do pensamento sofisticado serve a uma rejeição contemporânea das pretensões epistemológicas que informam diferentes perspectivas teóricas, bastando mencionar a preocupação científica que envolve tanto as descrições políticas do marxismo quanto aquelas feitas por diferentes economistas em torno do sistema capitalista e do seu triunfo global. Estende-se, de igual modo, às diferentes metanarrativas do Iluminismo e de períodos próximos.

O que poderia implicar convencionalismo excessivo acaba levando, como este artigo mostrou, a uma compreensão pragmática e fragmentada da linguagem. Em cada encontro com o outro, existem prescrições, regras, convenções que precisam ser consideradas antes mesmo de se elaborar qualquer posicionamento, argumento ou reflexão. Alguém que pretenda teorizar sobre a argumentação jurídica, por exemplo, precisa, de antemão, articular uma série de noções estabelecidas, mesmo que para contestá-las ou problematizá-las: argumentação, decisão judicial, validade, objetividade etc. (PECZENIK, 1989, p. 54 e et seq.).

Em função da multiplicidade dos jogos de linguagem, nenhuma norma particular tem a sua prescrição garantida em definitivo: a cada vez que se é chamado a responder, abre-se a possibilidade de contestação de problematização dessas regras e prescrições, sempre a partir de contextos específicos. Um tanto quanto similar ao tradicional argumento *humeano*, o que se busca evitar, neste ponto, é a conversão do prescritivo ao descritivo. Os mencionados jogos de linguagem possuem uma autonomia autorreferencial.

É importante que Lyotard estabeleça essa posição, uma vez que pretende afastar as pretensões referentes de uma autoridade racional sobreposta aos diferentes jogos de linguagem, o que se faz presente nas metanarrativas do Iluminismo, assim como em diferentes abordagens teóricas recentes, como a própria teoria da justiça de John Rawls, a de Jürgen Habermas (2001, p. 52 e et seq.) e as diferentes teorias da argumentação que

sofreram diretamente a sua influência, como a de Robert Alexy (2001, p. 181 e et seq.)

Uma das principais incompatibilidades com a abordagem habermasiana reside em sua ênfase no consenso racional. O grau de fragmentação apontado por Lyotard é abrangente o suficiente para impedir uma reconstrução coletiva dos sentidos da comunidade através do qual se possa refletir criticamente sobre seus projetos, práticas e projetos políticos. Diferente de Lyotard, Habermas (2001, p. 48 e et seq.) inscreve os jogos de linguagem em estruturas sociais e linguísticas mais amplas nas quais existem uma coordenação entre as diferentes ações dos falantes. Uma vez que decorre o estabelecimento de critérios institucionalizados, eles integram a autocompreensão normativa dos atores diante de suas práticas e resoluções de impasses.

Nesta perspectiva, ao contrário daquela de Lyotard (1984, p. xxv), é possível transcender os diferentes jogos de linguagem para que se possa questionar a validade dessas práticas, inclusive institucionalizadas (HABERMAS, 2001, p. 53 e et seq.). Isso ocorre, porque os jogos de linguagem refletem uma maneira específica de se organizar as diferentes pretensões intersubjetivas sustentadas pelos falantes, todas elas orientadas por uma ideal de consenso acerca do mundo, das relações sociais e o sobre o universo interior dos próprios falantes (HABERMAS, 1984, v. 1, p. 298 e et seq.).

Estabelecidas essas considerações gerais, observa-se que a pretensão das teorias da argumentação jurídica de estabelecer um conjunto subjacente de regras que fornecem o subsídio normativo por meio do qual não somente a fundamentação das decisões judiciais pode ser questionada, como a própria estrutura dos argumentos apresentados, seguindo Habermas, é tão problemática quanto uma compreensão da decisão judicial em termos de silogismo para a abordagem de Lyotard. Duas razões, dentre outras, podem ser apresentadas.

A primeira razão é que as regras que estruturam as práticas argumentativas se sobrepõem aos diferentes contextos nos quais as disputas e desentendimentos tendem a ocorrer: enquanto regras abstratas e gerais, elas se encontram sobrepostas, logo desarticuladas das situações particulares. Essa linha de argumentação funciona desde que as regras e as condições para a argumentação, ainda que empiricamente reformuláveis, sejam universalizadas, o que se opõe à abordagem de Lyotard frente aos jogos de linguagem (LYOTARD, 1984, p. xxv e et seq.; JAMESON, 1984, p. viii e et seq.).

A segunda razão reside nas diferenças subjacentes ao modo como eles pensam a interação em meio aos jogos de linguagem. Se a preocupação de Habermas recai nas relações interpessoais e nas condições normativas

através das quais a crítica racional e a reformulação dos objetivos institucionais possam existir, a de Lyotard reside no potencial disruptivo que reestrutura os jogos de linguagem através de eventos e ideias que, aos poucos, consolidam-se nesses jogos muito embora, de início, não sejam imediatamente assimilados por ele (HABERMAS, 2001, p. 51-52). Interessa mais ao autor explorar a força da experiência em termos daquilo que não se pode apresentar, muito menos ser subsumido, às disposições normativas pré-existent.

As teorias da argumentação jurídica, embora forneçam descrições consideravelmente mais sofisticadas e multifacetadas quando comparadas com as concepções dedutivistas da decisão judicial, pensam o normativo em termos de conformidade, ou seja, como critérios de correção das práticas argumentativas, amparando o jogo de dar e fornecer justificativas para as pretensões suscitadas entre os falantes (ALEXY, 2001, p. 297 e et seq.; COOKE, 2012). Em Lyotard, por outro lado, o prescritivo é confrontando não por algo que está em desacordo com ele, mas pelo inédito, pelo que lhe foge à representação e, por isso mesmo, não lhe será completamente apreendido.

A integração do inédito pelo jogo de linguagem, através da força da experiência, ocorre de maneira disruptiva e não comunicativa, assim como o surgimento de novas teorias científicas que rompem radicalmente com as premissas que fundamentam as teorias passadas: a nova linguagem trazida por essas teorias já não pode ser traduzida ou compreendida pelas prescrições constitutivas das teorias anteriores (LYOTARD, 1988). Mais do que uma aversão ao consenso, o que não existiria em sua obra, Lyotard está chamando atenção para os espaços silenciosos na comunicação e, sobretudo, para o incomunicável (LYOTARD, 1984, p. 66-67; LYOTARD; THÉBAUD, 1985).

5 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou desenvolver algumas implicações da filosofia de Jean-François Lyotard para o estudo das teorias do direito, tendo como ênfase a decisão judicial. Nas seções iniciais, o artigo sucintamente apresentou alguns aspectos referentes aos conceitos de performativo e de jogos de linguagem tal como Lyotard os concebe em sua obra mais conhecida, *A condição pós-moderna*. No desenvolvimento deste trabalho, essas noções constituíram o pano de fundo conceitual na abordagem das teorias do direito e de que maneira elas constroem, não apenas descrevem, tanto os conflitos judiciais como as soluções para eles mesmos. As teorias fornecem o aparato conceitual com o qual os diferentes atores jurídicos constroem e reconstróem a própria prática do direito: as teorias produzem efeitos quando

são reconhecidas e habilitadas pelo contexto institucional no qual os atores jurídicos apresentam e defendem as suas pretensões.

Existe neste ponto um paralelo significativo entre esta concepção performativa da teoria do direito e o modo como Lyotard situa as teorias científicas no contexto epistemológico da metade do século passado. Uma vez concebidas essas teorias científicas, para além das suas pretensões representativas, o filósofo francês enxerga nelas descrições que ampliam o campo científico mediante novas abordagens e repertórios conceituais: como estabelecido em *A condição pós-moderna*, o que é relevante para Lyotard, após as investidas de Kuhn e Feyerabend, reside no surgimento de pontos de vista e perspectivas inéditas, outrora desconhecidas.

O enfraquecimento das pretensões estritamente representativas das teorias abre espaço para diversas reflexões referentes não apenas à construção do objeto científico, como também em torno do campo científico e das diferentes regras que moldam a produção do conhecimento científico. Por isso, Fredric Jameson observara que, de certo modo, Lyotard salvou às teorias científicas após os questionamentos de Kuhn e Feyerabend, ao enfatizar a dimensão performativa subjacente às diferentes descrições do mundo, deixando com isso de circunscrever as teorias às pretensões representativas.

Este trabalho defende que a perspectiva de Lyotard referente às teorias científicas, na segunda metade do século passado, pode ser transposto para o contexto das teorias do direito sem prejuízo das diferenças que possa haver entre esses domínios específicos. Assim como as teorias científicas, mas talvez em uma intensidade menor, as teorias do direito recorrentemente trazem consigo uma preocupação descritiva que se desenvolve através de um tratamento analítico da estrutura conceitual de algum tipo de sistema jurídico em particular, normalmente o chamado direito moderno. Em paralelo à preocupação descritiva e, por vezes, derivando-se dela, certas teorias apresentam elementos normativos que atuam como referencial para se determinar a validade ou aceitabilidade de certas práticas jurídicas, a exemplo da argumentação e da interpretação calcadas nas fontes formais do direito.

O enfraquecimento das metanarrativas, no contexto jurídico, pode levar a um esclarecimento maior em torno do caráter performativo das teorias do direito: trata-se de observar de que maneira elas contribuem tanto para a especulação teórica quanto a prática forense a partir das diferentes maneiras com que elas redescrevem o próprio direito. É neste panorama que o conceito de *diferendo* (*le diffèrend*), desenvolvido por Lyotard, expõe as implicações éticas e políticas dos conflitos nos quais uma parte está impedida de provar o seu posicionamento.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. **The rational as reasonable**: a treatise on legal justification. Boston: Kluwer Academic Publishing, 1987.
- ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. Against Legal Principles. *In*: MARMOR, Andrei (org.). **Law and interpretation**: essays in legal philosophy. London: Clarendon Press, 1998. p. 279-328.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.
- AUSTIN, J. L. **How to do things with words**. Harvard: Harvard University Press, 1975.
- BERNARD, Gaëlle. Sur la crise "postmoderne" de la légitimation et la confusion des raisons. **Presses Universitaires de France**, n. 45, p. 87-101, 2011.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BUTLER, Judith. **Excitable speech**: a politics of the performative. London: Routledge, 1997.
- COOKE, Maeve. The dual character of concepts and the discourse theory of law. *In*: KLATT, Matthias. **Institutionalized reason**: the jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 275-290.
- DERRIDA, Jacques. Signature Event Context. *In*: DERRIDA, Jacques. **Limited inc**. Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 1988. p. 1-24.
- FISH, Stanley. With the Compliments of the Author: Reflections on Austin and Derrida. *In*: FISH, Stanley. **Doing what comes naturally**: change, rhetoric and the practice of theory in literary and legal studies. Durham: Duke University Press, 1989. p. 37-67.
- GELDER, Ken; JACOBS, Jane M. Uncanny Australia: sacredness and identity in a postcolonial nation. Victoria: Melbourne University Press, 1998.

GRÄZIN, Igor. On Myth, Considered as a Method for Legal Thought. **Law and Critique**, v. 15, p. 159-181, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Justification and Application: Remarks on Discourse Ethics. 3. ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action, v. 1: reason and the rationalization of society**. Boston: Beacon Press, 1984.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

JAMESON, Fredric. Foreword. In: LYOTARD, Jean-François. **The postmodern condition**. Manchester, UK: Manchester University Press, 1984. p. vii-xxii.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LYOTARD, Jean-François. **The differend: phrases in dispute**. Manchester, UK: Manchester University Press, 1988.

LYOTARD, Jean-François. **The postmodern condition**. Manchester, UK: Manchester University Press, 1984.

LYOTARD, Jean-François; THÉBAUD, Jean-Loup. **Just gaming**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1985.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MARMOR, Andrei. Three Concepts of Objectivity. In: MARMOR, Andrei (org.). **Law and interpretation: essays in legal philosophy**. London: Clarendon Press, 1998. p. 177-202.

PECZENIK, Aleksander. **On law and reason**. New York: Springer, 1989.

RAZ, Joseph. Interpretation Without Retrieval. In: MARMOR, Andrei (org.). **Law and interpretation: essays in legal philosophy**. London: Clarendon Press, 1998. p. 155-176.

WEBER, Samuel. **Institution and interpretation**. Stanford: Stanford University Press, 2001.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations**. 4. ed. London: Wiley-Blackwell, 2009.

WOLFE, Cary. **Critical environments**: postmodern theory and the pragmatics of the "outside". Minneapolis: University of Minnesota Press, 1998.

Recebido: 20/1/2020.

Aprovado: 25/6/2020.

Leonardo Monteiro Crespo de Almeida

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Professor da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC).

Professor da Graduação em Direito da Faculdade Católica Imaculada Conceição do Recife (FICR).

Professor Substituto do III Departamento da Faculdade de Direito do Recife (FDR/UFPE).

E-mail: leonardoalmeida326@gmail.com.